Q. D. B. V.

DE

CONTRACTIBUS QVATUOR REALIBUS,

Ex toto Titulo

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM:

QVIBUS MODIS RE CONTRAHITUR OBLIGATIO:

DISPUTATIONEM,

CUM CONSENSU

MAGNIFICI JCTORUM ORDINIS;

ET SUB PRAESIDIO

VIRI NOBILISSIMI, EXCELLENTISSIMI, AMPLISSIMI, CONSULTISSIMIq;

DN. JOACHIMI NERGERI

Gryphimonte Silesii, J.U.D. & Prof. Pandectar. Publ: Curiæ Elect. Scabinatus & Facultatis Juridicæ, quæ hîc loci sunt, nec non judicii Ducalis, quod in inferiori Lusatiæ Marchionatu est, Assessoris gravissimi,

DOMINI PATRONI, PROMOTORIS ATQVE HOSPITIS sui omni observantiâ ætatem prosequendi;

habebit

AUTOR ET RESPONDENS

CASPARUS LIMMER, Gerâ-Variscus,

Ad Diem 28. Novembris,

IN AUDITORIO JCTORUM,

Horis Antemeridianis.

VVITTEBERGÆ,

Typis CHRISTIANI SCHRÖTERI, Anno 1674.

Procemium.

DUm animo constitui meo, juridicam conscribere Disputationem, huic deputavi *totum Titulum Instit. Quibus modis re contrahitur obligatio. Imperator JUSTINIANUS Ille Magnus*, cupidæ Legum Juventutis Venerandus *PRÆCEPTOR*, *§.3.in fin.& §.fin.Procem.Inst.* Jus totum Romanum vel ad personas vel ad res, vel ad actiones bonæ methodi causâ refert *§ fin.Inst.de J.N.G.& C.* Seu tria capita suæ Jurisprudentiæ facit, JUS PERSONARUM, ubi de statu & conditione hominum agitur *à Tit.3. usq; ad Tit. ult. lib.1. Inst.* JUS RERUM, quod harum differentiis, jure in re & ad rem, absolvitur *à Tit.I. Lib. II. usq; ad Tit. VI. Lib. IV. Instit.* & JUS ACTIONUM, quatenus hæ in judiciis rectè sunt instituendæ & exereendæ *à dict. Tit. 6. usq; ad Tit. penult. Lib. IV. Inst.* Jus rerum duplex esse patet *ex totis Lib. II. & III. & quinq; Titulis Lib. IV. Institut.* Per res hic loci intelligo eas, quæ habent suas essentias cum non repugnantiâ ad existendum; Admittit enim jus nostrum res etiam certò futuras *§. 5. Instit. de Legat.* Jus autem est ad illas res competens facultas; cujus una species dicitur Jus in re, ideò, quia rem ipsam afficit, & actionis realis productivum est, *vid. Tit. 1. 3. 4. 5. 10. Lib. II. & tit. 10. lib. III. Institut. & §. 1. Inst. de Actionib.* quæ iterum, tanquam sub-

 alter-

alternum genus, quinq; species producit, nempè DOMINIUM *Tit. 1. 6. & 7. Lib. II. Instit.* SERVITUTEM *tit. 3. 4. & 5. lib. II. Instit.* JUS HEREDITARIUM *à Tit 10. Lib. II. & à Tit. I. Lib. III. Instit.* PIGNUS, *arg. §. fin. Tit. 15, lib. III. Instit.* & POSSESSIONEM *arg. tit. 10. lib. III. Instit. Adde l. 11. l. 13. §. 1. l. 19. ff. de damno infecto.* Altera species dicitur jus ad rem, quod ipsissima obligatio est, quo jure alium ad dandum vel faciendum adstringimus nobis, & personalis actionis productivum est *tit. 14. Lib. III. Inst. & §. 1. Instit. de action. l. 3. ff. de oblig. & action.* Hoc jus ad rem sive obligatio oritur ex contractu *§. fin. Institut. de Oblig.* Utpotè qui propriâ vi producit obligationem efficacem *d. §. fin. Instit. l. 1. ff. de oblig. & act. l. 7. §. 1. & 2. ff. de pact.* Cujus contractus celebres species sunt, qui dicuntur Reales Contractus, eam ob causam, quia oportet rem mutuò datam, commodatam, depositam & pignoratam statim in ipso contractu intervenire *l. 7. ff. de pact. l. 52. ff. de oblig. & act.* hinc audiunt quoq; Nominati, cum ob suorum frequentiam, utilitatem, formamq; naturalem Legibus conformem certum, id est, specificum nomen sint consecuti, *d. l. 7. ff. de pact. l. 1. ff. de rerum permutat.* Ac licet contractus innominati etiam rei interventu opus habeant, sufficit tamen in iis, si unus ab initio contractus rem suam dederit, alter verò ex postfacto rem itidem suam præstiterit *l. 5. ff. de præscript. verb.* De Contractibus illis quatuor Realibus Nominatis dum pro ingenii mei paucitate aliquid ex jure consignare volui, ante omnia Numen Divinissimum, sine quo nihil est in homine, ex toto pectore rogo, ut mihi animum calamumq; ita dirigat; quò in ipsius honorem opella hæc mea vergat, & qualem qualem adferat in publicum utilitatem.

Assertio

Aſſertio Prima.

ANtequam Titulum in fronte Diſputationis conſpicuum exponam, lubet textum ſingulis Aſſertionibus præmittere: in princ. dict. Tit. Textus hic eſt: RE CONTRAHITUR OBLIGATIO, *veluti mutui datione. Mutui autem datio in iis rebus conſiſtit, quæ pondere, numero, menſurâve conſtant, veluti vino, oleo, frumento, pecuniâ numeratâ, ære, argento, auro: quas res aut numerando, aut metiendo, aut adpendendo in hoc damus, ut accipientium fiant: & quoniam nobis non eadem res, ſed aliæ ejusdem naturæ & qualitatis redduntur; inde etiam mutuum appellatum eſt, quia ita à me tibi datur, ut ex meo tuum fiat: & ex eo Contractu naſcitur actio, quæ vocatur certi condictio.* In quo exponendo communem methodum *Matthæi Weſenbecii*, Aliorumq; ſequar; ita tamen, ut, quæ in textu poſteriora ſunt, primo loco aliquando poſiturus ſim, cum Noſtro CÆSARI præpoſteratio, uti loqvuntur, non diſplicuerit: *v.* §.*34. Inſt. de Legat.* Initium Mutui facturus, Imperator inquirit in ipſius nomen (nominum enim cognitione provehimur in rerum notitiam) juridicum, nempe quod quaſi ex meo & tuo coaleſcat: vel, ut JCtus loquitur ex oppoſito in *l.2.§.2.ff. de reb. credit.* & ideò ſi non fiat tuum, non naſcatur obligatio: ubi in utroq; loco eleganter natura mutui repræſentatur: ſcilicet creditor rei cujuscunq; mutuatæ, ſicut ejusdem ipſe fuit Dominus, ita dominium in ipſum debitorem transfert; quod ſi non transferret, mutui datione ſibi non obſtrinxiſſet accipientem ad rem eandem in genere reſtituendam. Quæ etymologia parùm fermè ab ipsâ rei definitione abeſt: Sed cum exactè textus ingredientia mutui perſequatur, meum erit in

Textus.

Deſcriptio Nominis.

ante-

Definitio Rei. antecessum extruere rei ipsius vel Definitionem vel Descriptionem hanc: Nempe Mutuum est Contractus re celebratus, ubi rem propriam pondere, numero, mensurave constantem ita quis dat, ut ipsi alia quoad eandem naturam & qualitatem sit reddenda: quæ definitio cum ex ipsius textus verbis desumta sit, non nisi vera esse potest: quamq; sequenti modo explicabo. Genus pars est Contractus: quod ex fine principii apparet, ubi Mutuum Contractus dicitur: ac data contractus definitio tota locum in mutuo invenit: Deinde ad genus referendum est, quod Mutuum sit Contractus re initus: statim enim in frontispicio *d. princ.* scriptum est, re contrahitur obligatio: ac sicut verbalis, literalis & consensuales existunt Contractus, ita quoq; reales. Objectum aliud est materiale, aliud formale: Illud per summam res mutuantis propria est, quoniam, ut dictum, mutuum facit ex meo tuum, quæ nomina possessiva & appropriativa sunt; Ad illa objecta particularia hic recensita referendus itidem est panis, cum appendi queat & unus alterius vice fungatur, *l. 2. §. 1. ff. de reb. Cred.* Formale sunt res, quæ pondere, numero, mensurâve constant, i. e., quæ non nisi per ponderationem, numerationem vel mensurationem in commercio humano esse possunt: cum aliæ res in se & sui naturâ determinatam habeant quantitatem. Additur *in d. l. 2. §. 1. ff. de reb. cred. quia* res hæ, ponderabiles, numerabiles & mensurabiles, *in suo genere functionem recipiunt per solutionem, quàm specie*; quorum verborum explicatio in hoc principio habetur clarissima hisce verbis, *aliæ ejusdem naturæ & qualitatis redduntur:* i. e., res ita se habet, frumentum debitoris, quod reddit, si naturâ sui & qualitate frumento à creditore

Ejusdem enodatio quoad Genus.

quoad Objecta.

accepto

accepto, respondeat, fungitur vice frumenti illius, quod Creditor mutuò dederat. Non verò admittenda est Quorundam expositio *d. l. 2. §. 1.* hæc: Functionem cum solutione conjungamus, ut res dicantur recipere functionem per solutionem, quæ funguntur solutione, id est, solvuntur: quia JCto aliud est, rem in suo genere functionem recipere, aliud recipere per solutionem. Oportet autem, uti dictum jam, Creditorem dominium rei mutuatæ in ipsum debitorem transferre, textus enim habet, *ut res accipientium fiant*, i. e. ipso Imperatore Interprete, ut res dantis fiant res accipientis jure dominii: Jure enim nostro convertuntur hæc duo: res fit accipientis, & res datur accipienti, sic Imperator loquitur §. *14. Institut. de Action. Scilicet quia dari cuiquam ita intelligitur, quod ita datur, ut ejus fiat*: Cumque Mutui Contractus opponatur contractui commodati, ut in hoc solùm usus concedatur, sive, ut ex opposito, loquitur JCtus *in l. 8. ff. commodati*, rei commodatæ & possessionem & proprietatem retineamus *& l. 9.* sequenti. nemo commodando rem facit ejus, cui commodat: necesse est, in mutuo transferri possessionem & proprietatem: facit quod *d. l. 9.* negetur, quod res commodata fiat commodatarii, i. e. hic neque possessor neq; Dominus rei existat: in mutuo verò res fiat accipientis, scilicet quoad possessionem & ipsam proprietatem. Accedit porrò, quod phrasis hæc, res fit accipientis, eadem est, cum phrasi, rem alienare: cujus rei gratiâ provoco *ad* §. *2. Inst. quibus alienare licet vel non.* ubi quod in princip. dicitur: *pupillum alienare* non *posse*, mox effertur, *pupillum pecuniam non facere accipientis.* Est etenim Mutuum hic transfertur dominiũ.

tuum

tuum reverà alienatio, cum e. g. olei frumentiqve usus consistat in consumtione, ac ita illa pereant, quod nihil aliud esse potest quàm alienatio; si sumatur pecunia numerata, hæc itidem ipso usu per assiduam permutationem quodammodò extingvitur; §. 2. *Instit. de usufr.* aut si quantitas non perit in genere, perit tamen in specie seu in individuo, quod ex eo patet, quia res in genere restituenda est. Licet verò duo hic sint actus distincti, unus dationem, alter acceptionem rei respiciens, non tamen uterque contrahentium ultrò citroque obligatur, sed duntaxat debitor rem fungibilem accipiens, quod ex hoc ipso principio nostri Tituli non obscurè à priori & posteriori evincitur; A priori quidem, quod contrahatur obligatio re mutuò datà, quam eum ob finem creditor mutuans dat, ut accipientis debitoris fiat, & quod illius rei dominus mutuatarius sit: & à posteriori, quod creditor solus contra debitorem spontè rem non restituentem actionem sive condictionem certi contra illum habeat, quà petit, condemnari debitorem ad restituendum corpus vel quantitatem in quali & quanto certam *l. 6. ff. de reb. cred.* & §. 15. *Instit. de action.* hoc ita se habere apparet, ex *tot. tit. Instit. de oblig. ex consen.* ubi in eo quoque contractus consensuales differunt à contractu reali mutui, quod ibi alter alteri obligetur, hic non, sed ille tantùm obstringatur, cui res data est. Quæ doctrina non infringitur per *l. 19. ff. de verb. signif.* ubi contractus ultrò citroque obligatio dicitur: ibique etiam numerationis, i. e. mutui, fit mentio, per quam ultrò citroque factam obligationem *arg.* §. 1. *Instit. de oblig. quæ quasi ex contr.* indicare videtur JCtus, quasi in mutuo etiam creditor debitori obligetur:

In hoc contractu solus debitor obligatur; &c.

getur:

getur: respondeo enim quòd in *d. l. 19. ff.* numeratio sive mutuum præcedat verba hæc, *contractum ultrò citròq; obligationem*, & hujus vicissitudinariæ vel alternatæ obligationis non nisi contractus consensuales recenseantur: nec verum est, quod semper ex contractibus, unde mutuæ nascuntur obligationes, uterque obligetur; siquidem à Pupillo sine tutore autore emens ex uno latere constat contractus: nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat *l. 13. §. 29. ff. de action. emti.* Potest quoq; concedi, in mutuo esse ultrò citròque obligationem, nempè quod illud ex duorum consensu proficiscatur, & ad utrumque contrahentium referatur; ubi de utriusque consensu dubium non est, cum nemo possit contrahere, nisi qui consentire potest *l. 1. ff. de pact.* hoc verò iterum ex nostro principio apparet, ubi ad creditorem refertur, ut mutuum det, & hoc ipsi in genere ejusdem naturæ & qualitatis sit restituendum: ad debitorem verò, ut rem mutuatam accipiat, & deinde in genere restituat. Progredior nunc ad rei restitutionem, ubi textus ita habet; *& quoniam nobis non eadem res, sed aliæ ejusdem naturæ & qualitatis redduntur*: quæ verba cum in hactenus scriptis pro re natâ explicuerim, nihil hic addere necesse est, nisi ut, quid per naturam & qualitatem sit intelligendum, verbis JCti Pomponii in fin. *l. 3. ff. de reb. credit.* monendum sit, nempe ejusdem generis & eâdem bonitate solvendum, quà datum sit; ubi more JCtorum genus non est, quod de pluribus specie differentibus, sed est species, quæ de pluribus numero differentibus, i. e. individuis, in quæstione quid est, immediatè prædicatur: quod optimè patet ex *d. l. 3. ff.* Admitto insuper, ut debitor, postquam rem mutuatam accepe-

Potest res mutuata in specie i. e. in individuo restitui.

rat

rat, hac non indigens, eandem in specie creditori restituat: licet enim res alia sit restituenda, hoc tamen tantùm quoad intentionem contrahentium obtinet: ex postfacto verò & ex accidenti præter accipientis voluntatem fieri potest, ut eadem res solvi debeat; nec creditor de ullo damno queri potest, cum suum recipiat ejusdem generis & bonitatis, neque dubitandum est, quin favore debitoris inductum sit, ut rem in genere reddat, scilicet ut interim rem in sui utilitatem expendere possit, cui favori autem renunciare potest *l. pen. C. de pact.* Quia principium habet, quod illa res, quæ mutuò data fuit, in genere sit reddenda, fluit inde quasi pleno alveo, quod totum, quod creditum est, restitui debeat; nec debitor invito creditori solvens partem debiti, à nexu obligatorio liberetur: uti enim re (certè totâ) mutuò datâ contracta fuit obligatio, ita etiam re totâ solutâ tolletur eadem; quam argumentationem probo *ex princi. Instit. quib. mod. toll. oblig.* ubi dicitur: tollitur omnis obligatio solutione ejus, quod debetur, & hoc est, quod *l. 2. §. 1. in fin. ff. de reb. cred.* huc commodè adduci potest: quod aliud pro alio invito creditori solvi non possit; est enim aliud, rem totam esse solvendam, & aliud, solvi totius aliquam partem: præsupponendum verò, quod totum illud, quod creditor petit, liquidum sit, vel ex confessione debitoris, vel creditoris probatione; aliàs si pars tantùm liquida & certa sit, hanc necesse est sumat petitor *l. 21 ff. de reb. cred.* & sic *in §. 1. Inst. Quib. mod. toll. oblig.* verba hæc, *pro parte rectè solvitur*, de parte solum liquida, aut si creditor vult, accipienda sunt. Cum non raró fiat, ut Ji, Quibus vel proprio jure vel ex alieno beneficio facultas competit cudendi monetam, hanc mutent vel quoad bonitatem intrin-

Particularis solutio creditori invito non obtrudenda.

In solutione rei quocunq; modo moneta sit mutata, ad tempus contractus regulariter respiciendū est.

intrinsecam (quæ in justa metalli puritate & pondere constat, vocant Gehält und Gewichte/ oder Schrott und Korn) vel quoad bonitatem extrinsecam (ita appellatam ob impositititium valorem, qui audit Werdiren oder Gáng und gebe) & debitor, qui Anno 1630. pecuniam in bonitate intrinsecâ i. e. ubi de auri vel argenti puritate nihil remissum erat, & in bonitate extrinsecâ. e. g. Ducatum 48. grossis æstimatum acceperat; velit anno 1650., ubi fortè aliquid argento adglutinatum est, & talerus vel 22. vel 26. argenteos valet, pecuniam solvere, creditor obstrictus non est, ut nummos juxta tempus solutionis accipiat; quod ex nostro principio iterum ostendo: scilicet conventum erat, ut creditori res ejusdem naturæ, & qualitatis in genere redderetur; quæ non redditur, mutatâ utrâque bonitate, quia non idem redditur, nec ejusdem bonitatis, hæc enim mutata est, fundatur siquidem nummus non tantùm in effigie Principum Civitatumque, sed & in debito pondere, & specie probâ *l. 1. C. de veteris numismatis potestate:* Sique ad tempus contractus respicitur, creditor nullam jacturam subit, cum idem pro eodem accipiat: Si verò ad tempus solutionis, aliud pro alio invito creditori obtruderetur, *contra l. 2. §. 1. ff. de reb. cred.* nec debitor in damnum incidit, si se solvendo ad tempus contractus accommodet; pone enim, quod talerus quoad duos grossos tempore solutionis sit auctus, qui si solvat talerum, prout tempore contractus 24. argenteis constabat, nullum sentit damnum, si eundem solvat nunc 26. grossos æstimatum, læsio aperta est. Hæc sententia probatur Autoritate *Legis 69. ff. de contrah. emt.* ubi pro lacu emto tantum exsolvi convenit pretium, de quanto con-

tractus tempore convenit, non verò quanto pretio, futuræ accessionis tempore, quâ lacus auctus est, jam venire posset. hinc *l. 99. ff. de solution.* dicitur: *Creditorem non esse cogendum, in aliam formam nummos accipere, si ex eâ re damnum aliquod passurus sit.* Neque me movet *l. 22. ff. de reb. cred.* Siquidem ex his verbis: *si dictum esset, quo tempore redderetur:* manifestum est, quod contrahentes voluerint, ut vinum in illâ bonitate redderetur, quæ tempore litis contestatæ vel rei judicatæ fuit. Nec turbat me *l. 21. §. 3. ff. de action, emti.* utpote cum venditori mora potuit imputari: quos duos casus à regula excipiendos esse patet satis: Tandem dicitur: *& ex eo contractu nascitur actio, quæ vocatur certi condictio:* quam, adminiculo nostri Principii, facilè definire possum; nempe quod si actio personalis, qua creditor contra debitorem experiri potest, ad rem sive quantitatem in eodem genere, eâdemque natura & qualitate restituendam. Genus est actio personalis, quia mutuum est contractus, hic verò producit actionem personalem §. *1. Instit. de action.* & quia condictio personalis actio est §. *15. Instit. d. t.* cumque in juridicis *arg. §. 1. Instit. de Tutelis:* jure suo definitiones ingrediantur causæ externæ, idipsum etiam hic usu venit, siquidem creditor est, qui illâ experitur actione; cui creditori, cum in Prædicamento Relationis sit, negotium intercedit cum ipso debitore in fundamento, ibi crediti, hîc debiti: ex quo fundamento resultat materia circa quam, quæ est res credita & debita, ut restituatur: formale porrò est (ex intentione agentium, ex quâ actiones morales & juridicas æstimamus) res ejusdem generis & bonitatis: & quidem ad hunc finem, ut suum creditor recipiat, i. e. mutuata quantitas ipsi redda-

Definitio Actionis quæ ex contractu mutui nascitur.

ejusdem explicatio.

reddatur. Quæ actio quomodo in judiciis rectè institui debeat, meum quidem nondum est judicare, utpote qui ad judicia causas peroraturus nondum perveni: cùm verò ex ore Nobiliss. Dn. Præsidis Institutiones Imperiales nuper mihi, aliisque explanantis, perceperim, libellum actionum ad formam Syllogismi alicujus practici componendum esse, facere vellem hîc periculum, si hoc sine periculo fieri posset. Coram Domino Judice comparet Lucius breviter factum enarrans. Quamvis in jure salubriter provisum sit, ut ille, qui rem ab aliquo in suo genere functionem recipientem mutuò ad certum tempus accepit, eandem, post fluxum illius temporis, in eodem genere, quoad ejusdem naturam & qualitatem, restituere teneatur; hocque tamen neglecto, Ofilius frumentum tot vel tot modiorum ipsi Anno 1640. usque ad annos duos integros creditum, non restituit: ex quo factum est, ut Lucius interim, cum pretium frumenti augeretur, non sine suo incommodo coactus fuerit, pecuniâ numeratâ sibi aliquot modios frumentorum coëmere: cumque suum frumentum ipsi Ofilius spontè reddere nollet, invitus quasi hanc actionem intentare necesse habuit: petit igitur actor, ut reus ad restituendos tot vel tot mutuò datos frumentorum modios adigatur cum omni causâ & expensis. Cum verò actionem excludat exceptio *tot. tit. Instit. de except.* reus omninò audiendus quoq; est: qui fortè hac excipiendi formulà uteretur; Fateri se quidem aliquot frumentorum modios sibi ab actore admensuratos fuisse: Sed non totidem, quot libello suo complexus est Actor, quare opponit exceptionem debiti ex parte illiquidi, & quoad cæteros modios paratus est eosdem crastinâ die admetiri Lucio:

Formula qualis hujus actionis.

Exceptio rei.

cio: petens sibi jus & justitiam administrari. Sique deinde Actor & reus Replicationibus, duplicationibus, triplicationibus & Quadruplicationibus usi sunt: v. *tot. tit. Instit. de Replication.* fortè judex juxta officium suum, *tot. tit. Instit. de Offic. Jud. & arg. §. 32. Inst. de action.* ita pronunciabit: Quoniam reus confessus est, se viginti frumentorum modios ab actore mutuò accepisse, promptusq; est illos in eâdem naturâ & qualitate cras reddere, tenetur creditor & actor illos accipere; cum hâc tamen reservatione, ut, si actor liquidò probaverit, sibi plures viginti deberi frumentorum modios, ad residuos condemnari debeat reus: quæ sententia in *l. 21. ff. de reb. cred.* fundamentum suum habet. Nunc consultò & datâ operâ omitto Indebitum, de quo *§. 1. Instit. Quib. mod. re contrab. oblig.* & alterum contractum realem assumo.

Sententia judicis.

Assertio Altera.

TExtus de contractu Commodati *§. 2. Instit. Quib. mod. re contr. oblig.* IMP. jura nos Docentis hic est: *Item is, cui res aliqua utenda datur, id est, commodatur, obligatur, & tenetur commodati actione. Sed is ab eo, qui mutuum accepit, longè distat: namq; non ita res datur, ut ejus fiat: & ob id de eâ re ipsâ restituendâ tenetur. Et is quidem, qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit, quod accepit veluti incendio, ruinâ, naufragio, aut latronum hostiumve incursu; nihilominus obligatus remanet. At is, qui utendum accepit, sanè quidem exactam diligentiam custodiendæ rei præstare jubetur; nec sufficit ei, tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modò alius diligentior poterat eam rem custodire: sed propter*

pter majorem vim, majoresve casus non tenetur: Si modò non ipsius culpâ is casus intervenerit, alioqui si id, quod tibi commodatum est domi, peregrè tecum ferre malueris, & vel incursu hostium, prædonumve, vel naufragio amiseris, dubium non est, quin de restituendâ eâ re tenearis, Commodata autem res tunc propriè intelligitur, si nullâ mercede acceptâ vel constitutâ, res tibi utenda data est: alioqui mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur: gratuitum enim esse debet commodatum. In hujus §. 2. expositione statim à nomine incipiam; ubi commodatum à modo, quem commodatarius observare debet, vel à commodo & utilitate, quam ille in re habet, derivare licet: dicitur enim quod res utenda detur, quæ verba non in sensu diviso, quasi commodans in commodatarium transferat non tantùm usum, sed & ipsum dominium, sed in conjuncto accipienda esse docet IMPERATOR suâ explicatione, dum dicit, i.e. commodatur; ita enim res sese habet, ut in hunc Contractum non veniant res, quæ in suo genere functionem recipiunt, hoc est, ubi una res alterius vice fungitur, sed species sive ipsa corpora. Ipsum contractum ita definire placet. Commodatum est Contractus re initus, ubi usus rei ad certum tempus modumve gratuitò conceditur, ut eadem res, non alia, restituatur. Quam definitionem breviter per partes enodabo. Commodatum hoc esse contractum ex eo patet, quia definitio contractus (qui est conventio vi suâ obligationem efficacem producens) & quidem realem, quoniam ob rei interventum à contractibus verbali, literali, & consensualibus secernitur: §. *fin. Instit. de oblig.* Differentia sumitur primùm ab usu rei, datur enim res aliqua utenda, solus enim usus commodatarii est, commodator

Descriptio Nominis.

Definitio rei.

Ejusdem explicatio.

dator verò ſibi retinet dominium & poſſesſionem rei commodatæ: vid. in *Aſſert. I. citatam l. 8. & l. 9. ff. commodati.* & quidem re uti licet ad certum tempus: cujus temporis quamvis in hoc §. 2. nulla expreſſa fiat mentio, tacita tamen ſubeſt & præſupponitur, quia enim hic res gratuito uſui eſt, non poterit, citra ſummam ingratitudinem, commodatarius perpetuò eà uti, eleganter JCtus *in l. 17. §. 3. ff. commodati* ſcribit: *Sicut autem voluntatis & officii magis, quam necesſitatis eſt commodare: ita modum commodati, finemq́ præſcribere ejus eſt, qui beneficium tribuit.* Ubi ob beneficium datum commodantis Juris eſt, Legem præſcribere Commodatario licet æquali, quousque uſus ſe extendat; additque de modo, ut indicetur, non indifferenter concedi uſum, quaſi hic & in abuſu ſive deterioratione conſiſtere poſſet: cum enim Commodans dominium & poſſesſionem in re ſibi retinuerit, contra Æquitatem naturalem eſſet, excedere modum in re commodatâ præſcriptum. Porrò differentiæ pars potisſima eſt, quod gratis ad uſum commodatarii detur res; in fine enim §. 2. regulam hanc præſcribit CÆSAR: *Gratuitum debet eſſe Commodatum.* cujus ratio iterum ex *d. l. 17. §. 3. ff. commodati* hæc eſt: quod commodare ſit quoddam beneficium, quod, quamprimum remunerationi obnoxium ſit, limites benefacti quaſi excedit. Ultimò habetur, quod res in ſpecie ■ reſtituẽda; id quod ex naturâ rei commodatæ apparet: ſiquidem hujus proprietas & poſſesſio penes commodantem manet, & ſola rei uſurpatio indulgetur Commodatario, ut ita non niſi in re unicâ ſpectare posſis dominium, poſſesſionem, uſumque, qui uſus dum hactenùs alienus fuit, jam poſt finitum tempus in re commodata ad ipſum

com-

commodantem transit. Postquam IMPERATOR essentiam hujus Contractus in Definitione consideravit, persequitur justo ordine deinde ejusdem differentias à Contractibus Mutui & Locationis; Differentiæ illæ varii sunt ordinis, quibus à mutuo segregatur: In Commodato enim res restituenda est ipsa, i. e. eadem individualis, quæ commodabatur, in mutuo verò aliæ res, *princ. Instit. Quib. mod. re contr. oblig.* Secundò per Commodatum duntaxat usus concessus fuit, retentâ proprietate & possessione, cum in mutuo Creditor à se dominium, possessionem & omnem utilitatem abdicavit, & debitoris fecit; hoc enim sibi volunt hæc verba: *namque non ita res datur, ut ejus fiat*: i. e. non ita comparata est natura Commodati, ut rei in usum tantùm concessæ unà etiam dominium ac possessio transferatur, sicut fit in Mutuo. Tertiò distant inter se, quod in Mutuo indistinctè, sive mutuatarii culpa, sive non, intervenerit, casus fortuitus ab illo, ut debitore sit præstandus; cujus tertiæ differentiæ rationē ex secundà differentià petere jubet Imperator, hanc scilicet, quod in Mutuo res accipientis fiat, hoc est, accipiens dominus constituatur, res verò perit suo domino, & quod consequens est, etiam rem mutuatam casu fortuito deperditam restituere necesse habet debitor: vers. *Et is quidem qui mutuum accepit.* Aliter verò in Commodato est, hic enim, si res majori vi & casu perierit, obligatus non manet commodatarius ad rem aliam restituendam, cum res ipsius facta non fuerit, sed usum tantùm habuerit. Quartò disconveniunt inter se, quod, quia in Mutuo à primo momento factæ numerationis, in debitorem dominium unà cum possessione translatum est, non nisi omnis culpa

Differentiæ Commodati ab ipso mutuo.

& casus fortuitus mutuatarii esse possit; aliud autem dicendum sit de Commodatario, qui cum neq; dominus neque Possessor sit, sed (extra tamen servitutem usus) saltem usuarius aliquis, culpam quidem præstare debet, ast non casum fortuitum, nisi hunc suâ culpâ causatus fuerit. Illam culpam an levissimam intelligemus, dubio non caret? siquidem hoc §. 2. dicitur, quod Commodatarius exactam diligentiam præstare debeat, quæ exacta diligentia positiva erit, cujus oppositum culpa lata. Verum enim cum *in l. 1. §. 4. ff. de oblig. & act.* in hoc ipso Commodati Contractu, Commodatarius exactissimâ diligentiâ oneretur, indubiè in hoc §. 2. exacta diligentia superlativa, & ejus oppositum culpa levissima intelligenda erit, quod & ex contextu *d.* §. *2.* facilè probatur, siquidem à Commodatario major diligentia in re commodatâ requiritur, quàm in re suâ propriâ, quam tanquam Paterfamilias custodit, cujus ratio hæc est, quod hujus contractus utilitas ad solum Commodatarium referatur, qui cum rei alienæ usum gratis habeat, in eâ custodiendâ summam navare debet operam, nec obstant verba hæc *: Si modò alius diligentior,* quasi hic diligentior faciat, ut Commodatarius non possit dici diligentissimus; Respondeo enim quod vel in abstracto consideretur exactissima diligentia, vel in concreto, si hic Commodatarius cum alio comparetur, cum alter altero soleat esse diligentior. Attexitur porrò *in fin.* §. *2.* inter Commodatum & Locationem differentia, quod illud gratis concedatur, hæc verò mercedis interventu. Subjugat verò *d.* §. *2.* Commodatarium præstationi casus fortuiti, si hunc suâ culpâ sibi attraxit, quod illustratur exemplo aliquo, quod cum

Et à Locatione.

hoc

hoc permuto; Titius Norinbergæ à Cajo commodat aliquot vasa aurea & argentea, ut ex his, in filiæ nuptiis Norinbergæ præparatis, cum hospitibus splendidè convivari possit: ea verò usui illi concessa transportare vult Argentoratum, ut iisdem ad tempus creditorem morosum securum redderet, quæ tamen in itinere præda fiunt militis gallicani; ubi conventus Commodatarius exceptione casus fortuiti se excusare nequit, cum in culpa hæreat, quod peregrè transportari jusserit pocula. De actione hujus Contractus hæc *in princ. hujus* §. 2. pauca consignata verba sunt. *& tenetur commodati actione*; ex quibus & aliis *d.* §. 2. verbis oppidò apparet, quod hâc actione utatur Commodans contra ipsum Commodatarium: An verò & huic actio aliqua prodita sit contra Commodantem, ut, si prohibeat re uti, vel vitium rei scienter occultaverit, ex quo damnum sensit ille, cui ea commodata erat, nihil in textu §. 2. memoratur; cum tamen apertissimi juris sit, quod ex Contractu Commodati duplex oriatur actio, alia directa, alia contraria; hinc Inscriptio in *Digestis est Lib. XIII. Tit. VI. Commodati vel contrà:* sicut & in §. 2. *Instit. de pœna temerè litig.* occurrit distinctio, quod quædam actio sit directa, quædam contraria. Sed cur in hoc §. 2. actionis commodati contrariæ, qua Commodatarius experiri potest, nulla fit mentio? tentarem rationem in eo inquirere, quare alia actio Commodati vocetur directa, alia Contraria? nempe ad nativam verborum significationem respiciendo, directa dicitur, quia directò & principaliter ex contractu fluit; dedit enim Commodator ideò rem usui, ut res ipsa finito usu & tempore reddatur, & hoc Commodatarius promiserat; qui nunc promissis non stans, invitus

Cur de actione Commodati contraria in hoc §. 2. nō agitur?

vitus

vitus directâ actione pulsari potest. cumque Commodans Vir maximè bonus esset, non potuit Commodatarius præsumere, illum re commodatâ uti prohibiturum esse, aut rem vitio aliquo laborare, unde damnum metuendum sit: conscriptus itaque est hoc §. 2. Contractus Commodati & inde enata actio prout natura eorundem se habet. Quod verò successu temporis Commodatarius nolens volens, cum aliter re uti non posset, magnas impensas in eandem fecerit, hoc ex postfacto & accidenti est, ac præter opinionem utriusque contrahentis; hinc ad illas impensas, cum sponte non solverentur, datur Commodatario actio Commodati contraria, quasi directæ opposita: de qua hoc §. 2. aliquid consignare opus non fuit, utpote quæ ex eventu demum damnorum & impensarum factarum, quæ utraque & non accidere poterant, nascitur: Quamvis ex §. 28. *Instit. de action.* verbo, *Commodati*, facilè quis percipit, intelligi actionem commodati directam & contrariam, utpote cum utraque bonæ sit fidei, & nulla detur actio bonæ fidei, quæ in §. *28. & 29. Instit. d. t.* non enumeretur. Potest autem directa Commodati actio ad hunc modum describi: Quod sit actio personalis, quâ Commodans experitur contra Commodatariū ut post finitum usum & tempus rem salvam & integrā restituat: Dicitur actio personalis, quia ex contractu venit §. *1. Instit. de action.* quæ post usum perceptum & elapsum tempus competit, non verò ante illa, alâs intentata fortè exceptione pluris petitionis tempore excluderetur: §. *33. Insti. de Action.* ad rem restituendam ipsam, ut salva & integra sit, hoc enim intendit Commodator, cum usum gratis daret, & hoc Commodatarius promisit; quam si deteriorem

Describitur actio Commodati directa.

red-

reddit, non liberatur, nisi & interesse præstet *l. 3. §. 1. ff. Commodati*, imò si res maximoperè deteriorata sit, pretium rei solvere necesse habebit Commodatarius, cum maxima hæc deterioratio quasi rei sit interitus, ut hic illud *in d. l. 3. §. 1. ff. Commodati* obtineat; qui rem deteriorem reddit, non videtur reddere: faciet huc in simili *l. 7. C. de pignor. act.* & quia res corrupta non est res integra; aliud pro alio invito Commodanti restitui nequit. *arg. l. 2. §. 1. ff. de reb. cred.* Post hanc directam, succedit contraria; quæ Commodatario contra commodantem ad id, quod interest, competit: ut si hic usum rei ante temporis finitionem prohibeat *l. 17. §. 3. ff. Commodati.* vel sciens rem vitiosam ignoranti commodet *l. 18. §. 3. ff. eod.* & sumtus non modicos Commodatarius in rem expenderit. *d. l. 18. §. 2. l. 22. ff. eod.*

Describitur contraria Actio.

Assertio Tertia.

TExtus *in §. 3. Instit. Quib. mod. re contrah. oblig.* hic est: *Praterea & is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur, teneturq; actione depositi: quia & ipse de eâ re, quam accepit, restituenda tenetur. Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit: culpa autem nomine i. e. desidia ac negligentia, non tenetur: itaq; securus est, qui parùm diligenter custoditam rem furto amiserit: quia qui negligenti amico rem custodiendam tradit, non ei, sed suæ facilitati id imputare debet.* Antequam de hoc Deposito, quod vocant Regulare, explicare incipiam, textum ad certa capita disponam: primum est descriptio depositi Contractus: secundum continet præstationem in hoc Contractu, tum per positionem-

 tum,

tum per remotionem, unà cum subjectâ exemplificatione: & tertium agit de Actione, quæ ex hoc contractu nascitur. Facilè ex hoc §. 3. describi potest Contractus Depositi, quod sit realis, ubi res aliqua ad custodiam gratuitò datur, quæ deponenti, quando vult, in specie est restituenda. Esse verò depositum Contractum Realem dubio omni caret, quoniam, sicut Mutuum & Commodatum, sub uno genere comprehenditur; Ejusdem materia res aliqua est juxta *d.* §. 3. quam Leges Romanæ admittunt etiam alienam *l. 31. §. 1. ff. Depositi*; quod & ex hoc §. 3. facilè probatu est, dum depositum illud à regulâ non exorbitans ad solam custodiam datur, & in depositarium, neque dominium neque possessio, nec usus transfertur; hinc *d.* §. 3. formaliter dicitur, eam, quam accepit, restituere ille debet: Admitto insuper, ut res illa possit quoque immobilis esse, fundi enim custodiæ traduntur *l. 3. §. fin. ff. de acquir. vel amitt. poss.* quamvis fatendum sit, rem mobilem excellentiori modo objectum depositi facere: Illa subjicitur soli custodiæ, ut secernatur à mutuo, ubi proprietas, possessio & omnis utilitas penes debitorem est: & ab ipso Commodato, ubi Commodatario usus indulgetur, neutrum verò fit in deposito, hoc est, nec de dominio nec de possessione accipiendâ, nec usu percipiendo actum fuit inter partes, sed ad eum finem duntaxat Titius rem apud Cajum deposuit, ut salva esset per hujus custodiam, usque dum ille iter necessarium confecisset. Custodia porrò suscipitur gratis, utpote cum illa sit beneficium, quod, interveniente mercede, degenerat in contractum locationis, *arg.* §. 2. *inf. Instit. h. t.* utut ex postfacto fieri possit, ut jure quodam depositarius honorarium, non tamen ut

Descriptio depositi, quæ exponitur.

mer-

mercedem depositionis, accipiat, cum illud non intuitu præstitæ bene custodiæ detur, sed ex favore aliquo singulari, ac ut inposterum iterum, ubi opus erit, ad rem custodiendam paratisſimum rem accipientem deponens habeat. Cui rem depositam reposcenti, restituenda ea est confestim, quod commodo ipsius Depositarii erit, utpote cujus nihil interest, rem penes se custodiri, etiamsi conventum sit de certo tempore, potest enim deponens citra periculum hic mutare voluntatem, *l. 1. §. 45. & 46. ff. Depositi.* Illa verò res, quæ custodiæ data est, restitui debet, quod ex naturâ hujus contractus venit, quæ est, ut res custodiatur *l. 1. princ. ff. deposit.* cui non nocet, quod dicitur in *§. 17. Instit. de obligat. quæ ex delicto nasc. Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non præstet:* Siquidem eximere velle depositarium à rei custodiâ, esset immutare naturam depositi, nec *in d. §. 17. Instit.* ea, quæ conjungi oportet, ab invicem divelli debent: scilicet in eo depositarius non præstat custodiam, si præter sui dolum res furtim auferatur: quia actionem furti non debet instituere; ut ita non præstare custodiam idem sit, ac immunem esse à periculo. De quibus præstationibus depositarii nunc agendum: ubi moneri debet, quid sit dolus, culpa, quotuplex & casꝰ fortuitꝰ? (de hoc enim in hoc §. 3. quoq; tractatur, cum de furto agatur, quod inter casus fortuitos recensetur,) Dolus definitur *in l. 1. §. 2. ff. de dolo malo: quod sit omnis calliditas* (in dicendo) *fallacia*, (in tacendo) *& machinatio* (in faciendo) *ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita.* Culpa est factum aliquod inconsultum, quo alteri injuriâ nocetur. Lata culpa est omiſſio ejus diligentiæ, quam omnes homines rebus suis adhibent, *l. 213. §. f. l. 223. ff. de verb. signif.* Levis culpa est omisſio ejus diligen-

Quid dolus, culpa, quotuplex hæc & casus fortuitus?

ligentiæ, quam hominum natura desiderat mediocris *l.25.§.16.ff.famil.ercisc.* Levissima culpa est omissio ej9 diligentiæ, quam vigilantissimus Paterfamilias rebus suis adhibet. *l.18.pr.ff.commodati.* Quibus tribus culpis opponuntur tres diligentiæ, exacta, exactior & exactissima §. 2. *Inst: quib: mod: re contr: oblig:* §. 1. *Inst: de oblig: quæ quasi ex contr: d. l. 18.* Casus fortuitus sive major vis est, cui humana infirmitas resistere non potest, *l.1.§.4.D.de oblig: & Act:* Prætereà prænoscendum est, quod in tractatione Contractuum sub dolo comprehendatur lata culpa, licet definitionibus differant, *l. 5. §. 2. ff. Commodati*, ex qua Lege una atq; altera regula notanda est: Quarum prima: *In quibus Contractibus solius dantis rem versatur utilitas, ibi dolus solum præstari debet* (sub quo dolo implicatur lata culpa.) Altera: *In quibus Contractibus utriusq; vertitur utilitas, ibi dolus* (unà cum lata culpa) *& levis culpa præstanda:* & Tertia: *In quibus Contractibus solius accipientis est utilitas, ibi dolus, levis & levissima culpa præstari debet*, v. §. 2. *Inst: h. t.* Quid præstandum Depositario! Hæc si ad Depositi Contractum applicentur, textus in hoc §. 3. sensui statim erit obvius, & quidem quoad positionem, dum dicitur: *Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit*: i. e. de dolo & lata culpâ, utpote quæ dolo comparatur *l. 32. ff. depositi*; tantùm depositarius conveniri potest, quia ad eum ex re depositâ nulla venit utilitas *d. l. 5. §. 2. ff. commodati: l. 23. ff. de Reg: Jur:* & quoad remotionem in hisce textus verbis: *culpæ autem nomine, id est desidiæ ac negligentiæ non tenetur:* quæ culpa lata esse non potest, utpote cum hæc in Contractibus semper sub dolo subintelligatur, levis igitur erit; observarunt enim Ji, à Quibus, sed fidelissimis Informatoribus, pauxilla nostra hausimus, quod sub voce culpæ solitariè prolatæ levis comprehendatur

d.l.5.

d.l.5.§.2.ff. Commodati, d. l. 23. ff. de R. J. Hanc interpretationem veram esse subjunctum exemplum in hoc §. 3. adstruit, in hisce verbis: *Itaq; securus est, qui parùm diligenter custoditam rem furto amiserit. &c.* tum quia negligens depositarius assumtus est, qui negligens dicitur, non, quod culpam latam admiserit, ac ita juxta communem humanam diligentiam diligens in re custodiendâ non fuerit, sed quod omiserit illam diligentiam, quam hominum diligentior natura postulat, & sic culpæ levis reus est: tum quod expresse de eo dicatur, quod rem parùm diligenter custodierit, hoc est, quod omiserit comparativam diligentiam, cujus oppositum est levis culpa: tumq; quod culpa & facilitas imputetur ipsi deponenti; quòd non diligentiorem quæsierit, qui custodiret: lata verò culpa in deposito imputatur depositario, sicut ipse dolus: Cumque de levi culpâ securus sit depositarius; magis dicendum erit, nec ipsum præstare debere casum fortuitum: quod in §.3. exprimitur, ubi res furto ablata citra dolum & latam culpam depositarii, periculo deponentis est. Actio, quæ ex hoc contractu directò & principaliter competit, est & dicitur directa, de qua in *d.* §, *3.* ita scribitur: *teneturq; actione depositi*: Quam ex textu describo: quod sit actio personalis, quâ deponens contra depositarium ad rem, quam accepit, restituendam, experiri potest: ubi dubium non est, quin sit personalis, quia §.3. hoc, is, apud quem res deponitur, re obligatur, & quidem ex contractu depositi, cui verò aliquis obligatus est, is proditam habet personalem actionem §. *1. Instit. de Action.* Deinde competit contra depositarium, dicit enim IMPERATOR *d.* §. *3.* quod ille actione depositi teneatur, i.e, obstringatur, *arg. l. 3. ff. de oblig. & Act.* Cætera, cum hactenus satis sint ex-

Actio Depositi directa.

posita, prætereo, & addere tantùm volo, tentoq; formulam hanc actionis, quâ deponens in judicio uti posset: Coram Judice comparet Titius nomine ipsius Caji per hoc mandatum, breviter enarrans, quod nuper Mense Junio, cum ad res foris expediendas abiret, apud Javolenũ deposuerit cistam plenam pecuniâ, quam ille libero consensu ad custodiendum suscepit: cumq; Cajus post reditum sui, Javolenum admoneret, ut cistam, quam acceperat, restitueret, noluit eandem reddere: petit igitur, ut reus ad reddendam cistam cum pecuniâ inclusâ condemnetur. Qui actor per Procuratorem sive mandatarium actione depositi egit (utor Phrasi Imperatoris *in* §. *14. Instit. de oblig. quæ ex delicto nascuntur*) fortè impeditus morbo & ætate, & necessariâ peregrinatione, quò minus ipse rem suam exequeretur §. *1. Inst. de Iis, per quos agere possumus*: quamvis actor nullo impedimento innodatus potuisset per alium agere *l. 1.* §. *2.* ibi *rebus suis ipsi superesse vel nolunt. ff. de Procurat.* agit autem ad rem ipsam restituendam Procurator, ut ita hæc actio rei persecutoria sit, uti & inter actiones, quæ rei persequendæ causâ comparatæ sunt, expresѕè *in* §. *17. Inst. de Action.* recensetur: ac ita in simplum concepta §. *21. Inst. d. t.* Cumq; in libello Actionis componendo circumspectissimum Actorem esse oporteat, videtur hic Procurator erraffe, dum tantùm rei simplariæ restitutionem petiit, in hisce verbis, *cum ad res foris expediendas abiret*, quæ verba necessitatis causà depositum fuisse, indicare videbantur: Actio autem depositi necessarii non in simplum, sed duplum comparata est §. *17. Inst. de Action.* Sed verba illa in Libello non faciunt depositum necessarium, cum non tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causâ sit depositum: nec ideò lis crescit, sive in duplum agi potest

Formula Actionis depositi.

teſt, quia depoſitum fuit neceſſitatis causâ, ſed quod depoſitarius vel ejus heres fraudulenter inficiati ſunt ob tumultũ &c. rem fuiſſe depoſitam. Licet verò *d*.§.3. tantũ Actionis depoſiti directæ mentio fiat,& de nullâ, quæ reo, ſi agere vellet,competeret,tractetur, id tn. iterùm ob hanc cauſam factũ fuit, quia de illâ agendũ erat actione,quæ principaliter ex contractu Depoſiti naſcitur: ea enim actio,quæ depoſitario competit, ex accidenti & ex poſtfacto enata fuit, nempè ſi,dum in Germaniâ erat depoſitum, ut Pariſiis redderetur, impenſæ inſumtæ ſint ad rem in locum,ubi reddendum, deferendam *l.12. pr. ff. Depoſiti.* hinc contraria dicitur, cum quaſi opponatur directæ. Induco verò Depoſitarium hoc libello in Judicio utentem. Ego actor propono,quod Titius apud me Wittebergæ depoſuit aliquot equos egregios,quos cuſtodiæ causâ non tantùm ſuſcepi,ſed & juxta conventionem Lipſiæ in Nundinis D. Michaëlis ſanos reſtitui eidem: cumq; putarem duodecim aureos, quos ad paſcendos & curandos equos inſumſeram, reſtituturum eſſe ſponte reum,ille tamen impenſam hanc non reddidit, imploro itaq; Officium Judicis, ut ad illos aureos ſolvendos unà cum expenſis per ſententiam condemnetur.Sed qvid opus habet Depoſitarius hanc actionem inſtituere, cum potuiſſet equos tamdiu retinere, usque dum ipſi de impenſis aureis ſatisfactum fuiſſet? eſt enim veriſſima ſententia,(quam memini in expoſitione hujus §. 3. defendiſſe Ampliſſ. Dn. Præſidem & citaſſe pro ſe *Riemerum Decade IX quæſt.9.*) quod Jus Retentionis ob impenſas in re depoſita habeat is, apud quem depoſitum fuit,quæ probatur *per l.25. in fin ff. de Procurat. l.33. ff. de condict. indebiti.* idemq; in re commodata conſtitutũ eſt *l.59. ff. de furt.* cui tamen exceptio compenſationis

Actio Depoſiti contraria.

Formula Actionis.

Depoſitarius rectè Retentione utitur.

non pôtest opponi *l. f. C. commodato*, accedit hæc ratio, qvod tacitè hoc deponens voluerit, dum equos, qui sine pastu vivere nequeunt, deposuit; & probabilis impensa est, quæ in morbidos equos curandos insumitur. Sic quidem est, quod Jure Retentionis tutus fuisset depositarius, si voluisset: dum verò spontè equos reddidit, viâ actionis, quam elegit, ambulare usque ad finem debet.

Assertio IV. & Ultima.

TExtum *in* §. 4. *Inst. d. Tit:* hunc adscribo: *Creditor quoq;, qui pignus accepit, re obligatur; quia & ipse de eâ re, quam accepit, restituendâ tenetur actione pignoratitiâ. Sed quia pignus utriusq; gratiâ datur, & debitoris, quò magis pecunia ei credatur, & creditoris, quò magis ei in tuto sit creditum, placuit sufficere, si ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhibeat: quam si præstiterit, & aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse, nec impediri creditum petere.* Nec ex hoc §. 4. nec ex toto hoc titulo *Quib: mod: re Contr: oblig:* dubium esse potest, Pignus esse contractum realem, dicit enim Cæsar, hoc §. 4. *creditor quoq;* ut indicet, sicut mutuatari9, commodatarius & depositarius, ita quoq; Creditor re obligatur, & quemadmodum Mutuum, Commodatum & Depositum, ita & Pignus Contractus realis est. Quæ doctrina tamen valdè labefactatur per *l. 1. pr. ff. de pign. act.* ubi dicitur: *Pignus contrahitur non solâ traditione, sed etiam nudâ conventione, etsi non traditum sit*: Ubi JCtus extra controversiam quasi ponit, quod Pign9 etiam tunc constituatur, cum res nondum à debitore tradita fuit, ac ita pignus quasi mixtus est contractus de Contractu

Pro existentia pignoris, tanquam cõtractus realis removetur dubium.

Rea-

Reali, & de consensuali participans: quæ tamen Contractuum mixtura non ens est in jure nostro, & purum figmentum, quia §. *fin. Instit. de obligat.* ita invicem IMP. opponit Contractus, ut alii re, alii verbis, alii literis, aliive consensu fiant. Si contrarietatem hujus §. 4. & *d. l. 1. pr.* agnoscere velis, à scopo CÆSARIS aberrabis, qui in §. *15. Const. de Confirmatione Digestorum ad Senatum & omnes populos*: nullum contrarium in Institutionib9, Digestis & Codice agnoscit, si modò subtili animo diversitatis rationes inquirantur. Sed salva est res & extra periculum contradictionis, siquidem illa nuda conventio eo quidem tempore, quo interponebatur, re, ut ita loquar, circumvallata non fuit, intuitu tamen rei fiebat, seu hujus traditio includebatur: habebat enim debitor ita faventem creditorem, ut hodiè pecuniam mutuò daret, cum crastinâ vel aliâ subsequenti die pignus in illius securitatem tradendum fuerat. Sed quid opus est, ut operosè de conciliandis duobus Juris textibus laboretur? IPSE IMPERATOR *in* §. 7. *Inst. de Action.* quoad actionem quasi Servianam sive hypothecariam asserit, posse hypothecam sine traditione nudâ conventione contrahi: cujus explicatio multùm juvatur, quod *d. l. 1. pr. ff.* habeatur sub titulo de pignoratitiâ actione, quæ includit actionem hypothecariam, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. Dubio hoc remoto, definio pignus, quod sit Contractus realis, quo res aliqua debitoris, in securitatem rei creditæ aliquando recipiendæ, creditori traditur: in qua descriptione explicandâ ideò brevissimus ero, cum nullum sit dubium, quin hic Contractus, & quin realis, existat: quoad objectum necessaria est rei traditio & quidem quoad Contractus primam perfectionem, si illum consideres quasi in abstracto, id

Definitio pignoris.

 est,

est, prout eundem IMPERATOR in Isagoge hac suæ Jurisprudentiæ sive in Institutionibus consideravit; quatenus verò ex partium arbitrio fieri potest, ut nudâ conventione Pignus absolvatur, hoc in *d.* §.*4.* præsuppositum fuit. Intervenit verò res in rei creditæ securitatem, quæ verba modum sive formale objectum efficiunt & pignus separant à Mutuo, ubi de re recipiendâ securus reddi non debet creditor, cum rem accipientis debitoris faciat, ut alia reddatur: & à commodatâ re, quam securitatis causâ pro re aliquâ à se datâ commodatarius non accepit, sed in sui usum tantùm: & demùm à Deposito distinguitur, cum hic itidem sola res deponentis data sit, ut custodiatur à depositario, qui contra nullam dedit: In pignore verò & Creditor pecuniam dedit, & debitor pro illâ pignus: ac licet Creditor pignus quoq; modo sibi à jure præscripto custodire debeat, is nihilominus rem suã creditam petere potest, etsi pign9 furtim fuerit ablatum; *hoc* §.*4.in fin.* nihil verò depositarius petit, nec petere potest, si res deposita præter sui dolum & culpam latam fortuito casu amissa sit. Ut autem hæc securitas creditorem adjuvare possit, necesse est, rem pignoratam esse in bonis debitoris, & non alienam, hæc enim sine consensu vel ratihabitione domini obligari nequit, *l.20.ff.de pignor. act.* nec creditor cum effectu hypothecariam actionem instituet, si res aliena pignori sit data, cum illa tunc locum habeat, si quis jus in re constitutum tenet, hoc §.4. Est & alia illius securitatis utilitas, quod Creditori, si intra certum tempus pecunia non solvatur, pignus alienare liceat, sive hoc debitor sit pactus §.*1.Inst. quibus alienare licet vel non:* sive non *l.4.ff.de pign.act.* Devenit ulteriùs Imperator ad præstationem in hoc contractu tum affirmativam tum nega-

Quid in pignore Creditor præstare debet.

negativam: ibi exacta diligentia non potest intelligi exactissima, sicut in §. 2. *Inst. h. t.* cum pignus utriusque & debitoris, quò citius ad credendum permovere creditorem posset, & creditoris, ut de credito recipiendo securus sit, commodum respiciat, ubi summa diligentia non debetur: ac licet in *l. 13. §. 1. ff. de pign act.* Pignus cum Commodato comparetur, quoad dolum culpam & custodiam, ac solus excipiatur major vis, uti & hoc nostro §. 4. Illa tamen comparatio non nisi secundum quid est intelligenda, nec in hoc §. 4. dicitur, quod Creditor tantùm non teneatur de casu fortuito: nec per exactam diligentiam eam capies, quæ latæ culpæ opponitur, cum in Contractu, in quo utriusque versatur utilitas, præter latam culpam etiam levis præstari debet *l. 5. §. 2. ff. commodati.* Sensus itaque est, quod Creditor de dolo, culpâ latâ & levi teneatur. Negativam præstationem in fine *d. §. 4.* indicat CÆSAR quoad effectum duplicem, alterum, quod securus sit Creditor, si pignus per fortuitum casum sive majorem vim amittatur: & alterum, quod nihilominus post pignus ita perditum ad pecuniam creditam petendam admittatur: ubi Creditor agens probare debet casum fortuitum, per clarissimum textum *in l. 5. C. de pignorat. act. l. 4. C. de edendo.* Tandem de effectu hujus Contractus ita inquit IMPERATOR *d. §. 4. tenetur actione pignoratitiâ:* scilicet Creditor tunc cum efficaciâ ad restituendum pignus convenitur, si debitor pecuniam creditam totam solvat, cum solutione aut aliâ satisfactione *l. 9. §. 3. ff. de pign: act*; debiti creditori extincta sit obligatio, quà ad dandum obstrictus erat debitor; *princ: Inst. Quib: mod: toll: oblig:* tunc enim

Actio directa pignoratitia debitori competit

enim ſine causâ retineret creditor pignus, quia pro pecuniâ ſolutâ nullâ amplius opus eſt ſecuritate *hoc §. 4.* Quamvis debitor illâ actione etiam ante ſolutionem debiti experiri valeat, ſi in judicio offerat pecuniam *d l.9.§.3 ff.de pign:act:* nec inficior, ſtatim natam eſſe hanc actionem, poſtquã pignus traditum eſt, hoc §. 4.*in princ:* utut ejus operatio in ſuſpenſo maneat, usq; dum ſolutum ſit, uti dictum. Ex quibus dictis facilè exſtrui poterit Libellus in hâc actione, cui labori tamẽ ſuperſedeo, dum ad finem propero. Datur quoq; Creditori contraria pignoratitia actio, ſi e.g. Debitor rem alii obligatam nunc Creditori obliget *l.36.§.1.ff.de pignor:act:* Quæ actio etiam contrarium judicium vocatur *l.9. in pr:ff.de pign:act:* item ſi ſervus pignori datus furtum Creditori faciat *l.31.ff.d.t.* & ſi impenſas neceſſarias in pignus inſumat. *l.8.ff.eod:* Inq; aliis ſimilibus caſibus, ubi Ars Æqui Boniq; ſvadet, indemnem Creditorem præſtari debere. Et hæc ſunt quæ ad *Tit. Inſtit. Quibus modis re contrahit: obligatio:* exponere animum induxi meum: illius Proverbii memor, qui nunquam malè, nunquam bene: ſcio enim, quod ad juridicam Cathedram non niſi politiſſima deferenda ſint, & ea exceſſe debeant, quæ vulgaria ſunt: interim tamen cum Juvenes Juvenilia tractent, & hi ſuis ideò relinquendi ſint viribus, quò majora audere queant, excuſata erat hæc mea opella, quâ DEO, PATRIÆQVE Dilectisſimoque & Venerando DOMINO PARENTI inſervire volui debuique.

Creditori contraria pignoratitia datur.

DEO ſit Laus & Gloria,

QVàm optimè ad Juris Romani universam Prudentiam anhelans juventus sibi consulit, dum per certam temporis intercapedinem INSTITUTIONIBUS IMPERIALIBUS quasi immoritur, ut exinde succum & sangvinem JURISPRUDENTIÆ ROMANÆ, per Europæum Orbem terrarum in Territoriis Principum Christianorum receptæ, excipere possit: cum Illæ sint prima Legum cunabula, quas à CÆSARE Ipso discere est: Earundemque ductum pressè sequentes, Andabatarum more, sicubi res juridicæ tulerint, aërem ferire necesse non habent. Novimus lapsum *Claudii Salmasii*, aliàs Viri undiquaque consumniatæ eruditionis, qui in Contractu Mutui rem alienari, sive dominium transferri, inficians, illud cum Commodato in unum chaos confudit, ac in nostro, tersissimæ Latinitatis referto, Jure innovator scire noluit, vel Autoritatibus *Ciceronis pro Roscio, & Sextâ in Verrem, ipsiusque Senecæ*, convictus; æs alienum meum dici, quod ego alii debeo, & æs alienum tuum, quod tu alii debes: in quo Salmasiano errore perstringendo dum *Desiderius Heraldus Animadvers. in Salmasii Observat. ad Jus Atticum & Romanum Lib. VII. cap. 19. & 20*: præter modum vehemens fuit, vim rectè confutandi perdidit aliquantisper, utpote cum citra bilem errores corrigi conveniat. Tutiùs *Samuel Pufendorffius de Jure Naturæ & Gentium Lib. V. cap. 7. §. 5. f. m. 605*: ut ne Salmasium, & Alios, qui Illius latus, suo metuentes, denudari subirascuntur, offenderet, vitulâ Jurisconsultorum Romanorum aravit; quamvis hoc ipso, quasi aliud agendo, litterato Orbi ostenderit, Principia & Præcepta prima, &

ab

ab iis orta, JURIS NATURÆ ET GENTIUM, haut difficulter ex JURE ROMANO erui posse; uti & Ipsemet ex Hoc fermè in singulis paginis multa mutuò sumsit. Quoniam itaque INSTITUTA JURIS quantivis sunt pretii, eadem, Clarissime LIMMERE, hactenus valdè adamasti; & Te allocutus ita es: *amo Illa, & possum dicere, cur Illa amem?* Periculum rei publicum facturus conscripsisti ad quatuor Contractus, qui re coalescunt, quasi Commentariolum quendam in hac tuâ Disputatione, Quam, in Themidos Cathedrâ, pro viribus tueberis. Macte hoc animo, *Fautor Singularis*, ut edas alia in publicum ad Institutiones Juris, quas *Tibi* in meis privatis Scholis familiares reddidisti, quò in Opere Pandectarum faciliores progressus facere, & tandem studia tua ad optatissimum finem perducere possis: Sic ILLUSTRISSIMIS Territorii Rutheno-Plaviensis DOMINIS insigniter placebis, & commendatissimus eris: poteritque PARENS NOBILISSIMUS ac EXCELLENTISSIMUS, in Oculis ILLUSTRISSIMARUM GENEROSITATUM, ut Consiliarius Magnificus, Consistorii Ecclesiastici Assessor & Gymnasii Inspector quàm Gravissimus, & luce totius Germaniæ pergloriam vivens, Patronus Meus Maximus, sibi gratulari de Te, Filio, Paternas celo conterminas Virtutes aut expressuro, aut superaturo. Vale, & Tui amantem redama. Dabam è Museo meo, d. XVI. Octobr. ANNO M. DC. LXXIV.

PRÆSES.

Ad

Ad Nobiliss. DN. CASP. LIMMERUM, LL. Studios.

Fautorem atque Popularem multis nominibus Honorandum.

QVàm TE Jura juvent, vel *PRÆSIDIS* aurea dicta
Nuper fuére Oraculi
Instar, cùm *Themidos* certamina docta subires;
LIMMERE Nobilis. Vices
Jam mutans, Legum contraria tela retundis,
Monstrans, quid *Obligatio*?
TE servet *NUMEN*, quò *Virtus* æmula *PATRIS*
MAGNI virescat indies!

Prolixiori affectu, quàm versu, hoc deproperab. LIMMERIANI Nominis perpetuus cultor,

M. Johann. Peißker / P.L.C.&
Schol. Wittenberg. Rector

WOl / Werthster / dir / der du zeigst der gelehrten Welt
Den muntern Fleiß / dich wird auch dermaleins ergötzen
Ein hoher Ehren-Stand: denn Themis kan uns setzen
Bey Fürsten / derer Macht dem Volck gesetze stellt.

Zum Freund-Brüderlichen Andencken setzte dieses wenige

Theodorus Joannes à Rummell,
Eques Curlandus.

Ad

Ad Cl. Dn. AUTOREM & Reſpondentem:

Splendidam ſcandis Cathedram, Juris æquum tramitem,
Aureum viſurꝰ inde grandis Aſtrææ Thronum,
Exhibes cultos labores, teſſeras induſtriæ
Mox reportans hinc Brabeum, floridumq́; præmium
Quod Themis fert oſculanti Jura celſi Codicis,
Hæc Coronis muneratur atq; ſceptra porrigit
Contrahendo cum merenti, quo ſequantur munera:
Obſidem præbet favorem Dignitatum fertilem
Et Lycurgo glorioſam dat Minervæ gratiam:
Sic *Tibi* jam dum venuſti ſunt honores conditi
Patriæ Favor, decora Fama, Laus, ſcientia,
Quêis Themis porrò beabit gnara Juris pectora,
Sunt, Machœra, Libra, Velum, Signa Sancti Numinis.

Nergeriani Conſalini.